

cará al primer aspecto el desabrimiento que regularmente causa á los hombres el que les impugnen sus determinaciones, y mucho mas haciéndolo por causas que descubren su ignorancia, culpa ó iniquidad; pues hay muy pocos que quieran conocer y confesar sus yerros, y mucho menos su malicia: porque si la nulidad se funda en que el poder no fué suficiente, en que no se hizo publicacion de probanzas, habiéndola pedido la parte, ó en que no se concluyó, ni citó para sentencia, ó en cualquier otro defecto sustancial que resulte de los mismos autos, arguye ignorancia ó culpa en el juez por no haberse instruido bien de los hechos del proceso, como disponen las leyes citadas en el capítulo antecedente próximo, ó no haber conocido los defectos legales que contenian; y si la nulidad se funda en colusion del juez, soborno, ú otra causa que irroge nota, será mas duro que la confiese en su sentencia, declarando ser nula por esta razon la que habia dado en la causa principal; y no es justo ni conveniente ponerle en el estrecho de que falte nuevamente á la justicia desestimando la nulidad propuesta.

35 Este pensamiento y sus fines se confirman por la *ley 7. tit. 10. lib. 2.* (*Ley 10. tit. 2. lib. 11. de la Nov. Rec.*), por la cual se manda que el ministro del Consejo, oidor, ó alcalde que fuere recusado, si la parte pidiera que jure sobre la recusacion, siendo las causas estimadas por bastantes, sea obligado á jurar, declarar y responder á las preguntas no *criminosas*.

36 En el no esperado caso de que el juez inferior estimase y declarase la nulidad de su sentencia, puede apelar de ella la otra parte para el tribunal superior, como se dispone en la *ley 2. tit. 17. lib. 4.* (*Ley 1. tit. 18. lib. 11. de la Nov. Recop.*); y aunque se confirme en vista de la sentencia dada por el inferior sobre la nulidad, tendrá lugar la súplica por la regla general que establece la *ley 5. del propio tit. y lib.* (*Ley 2. tit. 21. lib. 11. de la Nov. Recop.*); pues solo restringe su disposicion á prohibirla cuando por

el tribunal superior se confirman dos sentencias conformes dadas de grado en grado por jueces inferiores.

37 Por este orden se demuestra que el juicio de nulidad intentada ante el juez inferior no excusa á las partes las dilaciones y gastos que se han de causar siguiéndose despues por apelacion en el tribunal superior en vista y revista.

38 Si desde sus principios omitiendo el juicio de nulidad ante el inferior se propusiese ante el superior, se lograrán conocidas ventajas en todo: porque aquellos jueces no estan ligados con las notas que padece el inferior que dió la sentencia, de cuya nulidad se trata; y con las dos sentencias en que la declaren, se causa ejecutoria, como se dispone en la *ley 3. tit. 17. lib. 4. de la Recop.* (*Ley 3. tit. 17. lib. 11. de la Nov. Recop.*)

39 Por estas consideraciones y otras que se omiten de intento por no ser necesarias, se convence la utilidad y seguridad de proponer y seguir la nulidad como accion principal ante el juez superior del que dió la sentencia.

40 Algunos de los autores referidos atribuyen al juicio de nulidad efectos suspensivos en todos los procedimientos del juez que dió la sentencia, considerándolos por atentados, y preservan por los mismos principios el tiempo de la apelacion para interponerla y continuarla acabada la nulidad.

41 El señor Covarrubias en el citado *cap. 24. de sus Prácticas n. 6. vers. Tandem*, explica su opinion en los términos siguientes: *Quandoque principaliter agitur de nullitate ad rescissionem sententiæ, vel jus actus, qui nullus esse censetur; tunc sane opinor magis receptum esse, nihil fore novandum pendente hoc judicio, donec finita sit nullitatis causa.* En esto manifiesta claramente que el juez que dió la sentencia, de cuya nulidad se trata, queda ligado desde el punto que se introduce la nulidad para no continuar, ni dar un paso en la causa principal; y en el mismo lugar prosigue con la siguiente distincion: *Quod si novatio facta fuerit ante inhibiti-*

*nem judicis superioris, qui de nullitate cognoscit, non erunt attentata revocanda ante omnia, revocabuntur tamen omnino, se fuerint post hanc inhibitionem attentata.*

42 Tres observaciones se ofrecen en la distincion propuesta: una que el efecto de suspension impeditivo de toda novedad en el juez que conocia de la causa principal, lo atribuye el señor Covarrubias al juicio de nulidad pendiente ante el juez superior: otra que con solo estar pendiente este juicio, sin haberse expedido la inhibicion, ni intimándose al juez inferior, queda en la clase de atentado cualquiera novedad que haya hecho en el progreso de la causa, y únicamente la preserva de su reposicion ejecutiva, dilatándola para el fin del juicio de nulidad; y la última observacion consiste en que despues de la inhibicion el juez superior repone inmediatamente como atentado cuanto hubiese obrado el inferior despues de ella.

43 Acevedo en la *ley 2. tit. 17. libro 4. n. 8.* dice: que ya se proponga y siga la nulidad ante el juez mismo que conoció de la causa principal, y dió la sentencia, ó ya ante el superior, se impide y suspende el curso de los dias señalados para apelar, concurriendo dos calidades: una que la nulidad se intente dentro del mismo término de la apelacion; y otra que haya justa y probable causa para introducirla y seguirla, y que no se haga con temeridad y ánimo de dilatar la causa principal; pues unidas las dos circunstancias de haberse propuesto la nulidad dentro del término señalado para apelar, y hacerlo con causa probable, aun cuando sucumba en este juicio, y se declare que la sentencia no contiene la nulidad que pretendia, puede no obstante interponerse despues la apelacion de la citada sentencia principal.

44 Scacia es del mismo dictámen en lo principal; y en las dos calidades de proponerse la nulidad dentro del término de la apelacion, y tener causa probable en que se funde. Así lo explica en diferentes partes, señaladamente en la *q. 12. de Appellationib. n. 61.* en los términos siguientes: *Num-*

*Tom. I.*

*quid si fuerit dictum de nullitate infra decem dies, eaque nullitate pendente, labantur decem dies ad appellandum, possit adhuc appellari post lapsos decem dies; quia pendente judicio nullitatis non currit tempus ad appellandum; y al num. 169. añade: Si aliquis, agendo principaliter de nullitate, dicat sententiam nullam, quia pendente causa nullitatis non currit tempus decem dierum ad appellandum, quamvis agens succumbat, dummodo non agerit calumniose de nullitate, aut ex causa improbabilis: secus si calumniose aut ex causa improbabili, quia tunc curreret tempus; nam temeritas sua non debet ei prodesse. Lo mismo repite en la *q. 15. artic. 3. n. 91.*; y en la *q. 19. remed. 1. concl. 4. n. 20.*; y del mismo modo explicó su dictámen en este artículo y en cuanto á sus efectos Vantius de *Nullitat. tit. 8. p. 2. nn. 12. 13. y 14.**

45 Don Francisco Salgado de *Reg. p. 4. cap. 3.* trató de intento y con mucha extension de los procedimientos de los jueces ejecutores mistos ó meros; y distinguiendo con toda propiedad los agravios cualificados que causan cuando exceden de su potestad, de los que llama simples ó de injusticia dentro de los límites de su jurisdiccion, procede á señalar los medios de reparar ó enmendar sus excesos, y pone en primer lugar el de la querrela ó recurso de exceso, que considera equivalente en todos sus efectos al de nulidad intentada como accion principal, repitiendo muchas veces esta proposicion como supuesto de su doctrina, especialmente á los números 130. 139. 229. y siguientes. Y á la verdad no podia menos de conocer este autor que el exceso y la nulidad eran una misma cosa: porque el juez que excede de su potestad y jurisdiccion, obra como privado, y es uno de los defectos capitales para convencer de notoria la nulidad de sus procedimientos.

46 A este intento, y en demostracion de este principio, se explicó el juriconsulto Paulo en la *ley 20. ff. de jurisdic. Extra territorium jus dicenti impune non paretur. Idem est,*

15\*

*et si supra jurisdictionem suam velit jus dicere.* La misma sentencia se repite en la ley 1. Cod. Si à non compet. judic.

47 Supone tambien el mismo Salgado en repetidos lugares del citado cap. 3. que la sentencia ó providencia que da el juez ejecutor es apelable y susceptible de nulidad, pudiendo usarse de los dos medios separadamente al mismo tiempo; y con estos preliminares se propone la duda de si introducida la querrela de exceso ó nulidad de lo obrado por el ejecutor, y pendiente la causa ó juicio de este articulo, correrá el tiempo señalado para apelar de la injusticia ó simple gravámen que contenga dicha sentencia, ó si quedará desde aquel tiempo suspenso, y podrá usar de este remedio cuando pierda en el de la nulidad ó exceso.

48 A esta duda responde Salgado con resolucion positiva que no corre el tiempo de la apelacion, y que se suspende: *ibi: Interim terminum ad appellandum à simplici gravamine non currere, sed potius suspendi.* Omitte este autor exponer en comprobacion de su dictámen muchas cosas que se le ofrecian, y se satisface y asegura en él con el sólido fundamento que refiere en el siguiente n. 131. *ibi: Moveor eo validissimo fundamento, etenim generaliter verum est, quod agenti de nullitate sententiæ non currit tempus decem dierum ad appellandum ab ejus injustitia, quamvis agens succumbat, dummodo calumniose nullitas non intentetur, aut ex causa evidenter improbabili.* En este mismo lugar refiere Salgado los autores que estiman por comun esta opinion, como si dijera que sigue este camino porque lo anduvieron otros.

49 Resumiendo lo que con tanta generalidad, oscuridad y confusion han expuesto los autores citados, haciendo por el número de sus opiniones que llegase á ser comun, no he podido conformarme con ella, ni convencer mi entendimiento de que su observancia traiga utilidad á la causa pública ni á las partes; antes bien halló gravísimos perjuicios que desearia se enmenda-

sen por aquellos medios mas sencillos, expeditos y de menos gastos.

50 Esta proposicion en que consiste mi dictámen contiene dos partes: en la primera idicaré los perjuicios que concibo en que sea la opinion de que propuesta la nulidad ó querrela de exceso se suspenda, y no corra el término de la apelacion; y en la segunda manifestaré los medios de enmendarlos con grandes ventajas de la causa pública y de las mismas partes que litigan.

51 Yo supongo que la opinion que llaman comun los referidos autores, no se funda en ley alguna del reino; pues ninguna hay, ni ellos la enuncian, en que se disponga ó declare que el juicio de nulidad impida el curso de la apelacion, y haga dormir la jurisdiccion en la causa principal; y esta omision, aunque solo forma un argumento negativo, es de alguna autoridad á vista de que las mismas leyes del reino proveen lo conveniente en orden al tiempo en que debe proponerse la nulidad al juez que puede conocer de ella: en cuanto á que de la sentencia que se diere no pueda interponerse otra nulidad, aunque pueda admitirse apelacion; y por último disponen que estos juicios procedan y se sustancien por un orden comun, haciendo otras declaraciones correspondientes á las sentencias del Consejo; y es de inferir, cuando estan tan diligentes en prevenir lo que debe observarse en estos juicios de nulidad, que hubieran tambien declarado si desde que se interpone impedia el término de la apelacion y lo suspendia hasta que se acabase el referido juicio, habilitando desde entonces, si perdía aquella instancia, al que la habia introducido para que pudiera usar de la apelacion y enmendar por este medio la injusticia ó agravio que le producía la sentencia dada en la causa principal.

52 Es cierto que la opinion de muchos debe mirarse con respeto; pero no tanto que impida buscar contra ella la verdad, como lo advirtió y observó san Agustin *lib. 3. de Baptism. cap. 3. Nec non deterret cujuscunque*

*doctoris etiam sublimis auctoritas, ut contra illam veritatem non indagemus.*

53 La apelacion es un beneficio que segun naturaleza y por humanidad conceden los reyes á los que se consideran ofendidos ó agraviados por iniquidad ó ignorancia de los jueces; y al mismo tiempo gozan de este auxilio para suplir y enmendar lo que las mismas partes omitieron en las instancias precedentes, pudiendo alegar y probar lo que no alegaron y probaron en ellas. Esto es lo que sustancialmente disponen las leyes acerca de las apelaciones y sus fines, señaladamente la 1. tit. 23. Part. 3.: la 1. tit. 18. lib. 4.: la 4. tit. 9. lib. 4. de la Recop.: (Leyes 1. tit. 20. lib. 11. y 6. tit. 10. lib. 11. de la Nov. Recop.) la 4. tit. 10. Part. 7., con las leyes 1. ff. de Appel. y la 6. §. 1. Cod. eod.

54 Este beneficio de la apelacion no se da al que no le quiere, ni tampoco basta quererle para gozarle; sino que es preciso que explique su voluntad en el tiempo y forma que señalan las mismas leyes. Esta explicacion ó declaracion de la voluntad se hace con palabras ó con hechos, y ni uno ni otro se halla en el caso de que se trata. No hay en este caso palabras, porque no se apeló, siendo este el supuesto de la cuestion; pues estaríamos fuera de ella si se hubiera apelado al mismo tiempo, en que se propuso la nulidad, ni podría haber duda en que se radicaria entonces este auxilio, y podría la parte usar de él, y continuarle en tiempo oportuno. El caso está reducido á una querrela de nulidad y exceso independiente y solo; y de este hecho tampoco puede inferirse que la parte quiera usar despues de la apelacion: porque ni es consiguiente de ella la nulidad, ni es antecedente necesario por donde se haya de venir á la apelacion, que son los dos medios de donde se deduce la voluntad cuando no se explica.

55 Confirmase este pensamiento, y se aleja mas de que se entienda ó presuma que el que usa solamente de la nulidad quiera reservar la apelacion, por otro principio sólido reducido á que estando en su mano explicar con

tanta facilidad la voluntad de apelar de aquella sentencia, y pudiendo hacerlo al mismo tiempo con una sola palabra diciendo que era nula, y que aun cuando fuese alguna apelaba, le coge de lleno el axioma, *si voluisset, expresisset*; y el otro que dicta que los pactos y condiciones que uno pudo poner con claridad, y dejó en oscuridad y duda, se deben interpretar y entender contra el mismo que como autor pudo darles la ley.

56 La causa y los fines de la nulidad son diversos de los que producen y justifican la apelacion; pues aquella consiste en la inversion del orden público, que prescriben las leyes por forma sustancial de los juicios para habilitar y mantener la natural defensa de las partes; y cuando el juez falta á estos preceptos de la ley, obra con exceso y nulidad, y el objeto del que se querrela de tales procedimientos es que se repongan, y se estimen como si no se hubieran hecho.

57 La apelacion, aunque se guarde el orden público de los juicios, se justifica con no haberse distribuido el derecho privado á quien le correspondia y su fin es enmendar este agravio sin tocar en la nulidad del proceso, antes bien suponiendo su legitimidad.

58 ¿Qué influjo pues podrán tener entre sí estos dos recursos de nulidad y de apelacion si en todas sus partes son diversos? Los que hallasen alguna razon mas poderosa para inclinarse á la opinion que llaman comun, y convencerse de que la nulidad propuesta como principal detiene por sí sola, y suspende los dias señalados para apelar de la injusticia y simple gravámen de la sentencia, tocarán necesariamente los daños que produciria esta práctica á la causa pública y al derecho de las partes, y que es contraria á la letra y al espíritu de las leyes del reino.

59 Acabado el juicio de nulidad por todas aquellas instancias que permiten las leyes, y quedan expresadas, y declarándose que la sentencia dada en la causa principal no contiene la